الكفالة

في ضوء الكتاب والسُنة والتطبيق المعاصر

الدكتور علي أحمد السالوس

محتوى البحث

تمهيد : الكفالة في الشرع
الفصل الأول : الكفالة في الكتاب والسُنة .
أولاً : الكفالة في القرآن الكريم .
ثانياً : الكفالة في السُنة المطهرة .
الفصل الثاني : الكفالة في التطبيق المعاصر .
أولاً : الكفالات المصرفية .
ثانياً : الاعتمادات المستندية .
ثالثاً : التأمين التجاري .
رابعاً : كفالة إقامة الأجانب وخروجهم .

تمهيد

الكفالة في الشرع

اختلف في تعريف الكفالة شرعاً تبعاً لاختلاف آراء الأئمة الأعلام .

قال صاحبا المغني والشرح الكبير (٥ / ٧٠ - ٧١) :
الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، فيثبت في ذمتهما جميعاً ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، واشتقاقه من الضم ، وقال القاضي : هو مشتق من التضمين ؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق .

ويقال : ضمين ، وكفيل ، وقبيل ، وحميل ، وزعيم ، وصبير ، بمعنى واحد .

ويتضح من هذا التعريف أن ضم الذمة إلى الذمة ليس في مجرد الطلب ، وإنما في ثبوت الحق أيضاً ؛ فتشغل ذمتا الكفيل والأصيل بالحق المكفول به .

والمالكية والشافعية يرون كذلك أن الالتزام بالحق (١) .

أما الحنفية فيرون غير هذا ؛ فعرفها صاحب كنز الدقائق بقوله : الكفالة هي ضم ذمة إلى دمة في المطالبة . وقال صاحب البحر الرائق في شرحه لهذا القول : الكفالة معناها شرعاً قد اختلف فيه ، وقد أشار إلى الأصح بقوله : هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة (٢) .

وفي الهداية قال : قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة ، وقيل في الدين ، والأول أصح .

وجاء ابن الهمام في فتح القدير فشرح ما سبق ، وبين الخلاف بعد أن أشار إلى مفهوم الكفالة لغة ، فقال : وأما في الشرع فما أشار إليه من قوله

---

(١) انظر بلغة السالك ٢ / ١٥٥ ، وزاد المحتاج ٢ / ٢٢٣ .

(٢) البحر الرائق ٦ / ٣٢١ .

« ثم قيل هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، وقيل في الدين . قال : والأول أصح » فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية ، فيثبت الدين في ذمة الكفيل ، ولا يسقط عن الأصيل . ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر . وما يخال من لزوم صيرورة الألف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط : وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب ؛ لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما ، كالغاصب مع غاصب الغاصب ، فإن كلا ضامن للقيمة ، وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة ، لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما ، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر ، فكذا هنا ، يريد باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لأنه يتحقق بمرافعة أحدهما ، وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر . ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ، ويرجع الكفيل به على الأصيل ، مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز . وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئاً يصح ، مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح . والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية ، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين ، إنما يمتنع في عين ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين . ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد الطلب لا الدين ، لأن اعتباره في الذمتين — وإن أمكن شرعاً — لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ، ولا موجب ، لأن التوثق يحصل بالمطالبة ، وهو لا يستلزم ولابد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة ، كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل . وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فإنا جعلناه في حكم الدينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق ، وذلك عند وقوعه بالفعل ، وقبله لا ضرورة ، فلا داعي إلى ذلك (١) .

ولعل التعبير بكلمة الحق أدق من كلمة الدين ، ولذلك استدرك ابن الهمام قائلاً : « ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين ، فإن

---

(١) راجع فتح القدير ٦ / ٢٨٣ — ٢٨٤ .

الكفالة كما تكون بالديون ، تكون بالأعيان المضمونة بنفسها ، وهو ما يجب تسليمه بعينه ، فإن هلك ضمن مثله إن كان له مثل ، وبقيمته إن لم يكن له مثل . . » (١) .

وقال صاحب زاد المحتاج : « الضمان شرعاً التزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة » (٢ / ٢٢٣) .

والتعريف هنا فيه إشارة إلى كفالة الأبدان أيضاً ، وفيه تفصيل عند الشافعية .

والحنفية بعد التعريف السابق قالوا : والكفالة ضربان :

(أ) كفالة بالنفس (ب) كفالة بالمال .

والحنابلة كذلك ذكروا هذين الضربين .

أما المالكية فيرون أن الضمان ثلاثة أنواع هي :

(أ) ضمان المال .

(ب) ضمان الوجه . (أي البدن)

(ج) ضمان الطلب .

فجعلوا تعريفهم شاملاً للثلاثة (٢) .

ومن الفقهاء من خالف جمهور الأئمة ، فلم ير الكفالة ضم ذمة إلى ذمة ، وإنما نقل الحق من ذمة إلى ذمة ، أي أنهم لم يفرقوا بين الكفالة والحوالة .

وقد ذهب إلى هذا ابن حزم ، وقال : « قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو ثور ، وأبو سليمان ، وجميع أصحابنا ، كما قلنا من أن الحق قد سقط جملة عن المضمون عنه ، ولا سبيل للمضمون له إليه أبداً ، وإنما حقه عند الضامن ، أنصفه أو لم ينصفه ؛ روينا من طريق ابن أبي شيبة ، ناحفص بن غياث ، عن أشعث — هو ابن عبد الملك الحمراني ، عن الحسن ، ومحمد بن سيرين ، قالا جميعاً : الكفالة والحوالة سواء » (٣) .

---

(١) المرجع السابق ٦ / ٢٨٤ .

(٢) انظر بلغة السالك ، والشرح الصغير بالهامش ٢ / ١٥٥ .

(٣) المحلى ٨ / ٥٢٧ .

الفصل الأول

الكفالة في الكتاب والسُنة

أولاً : الكفالة في القرآن الكريم

ورد الفعل (يكفل) في القرآن الكريم بمعنى يتعهد الصغير ويرعى شئونه ، ولم يأت بمعنى يضمن .

ففي سورة آل عمران (الآية : ٤٤) نقرأ قول الحق تبارك وتعالى :

(وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم)

وفي سورة طه (الآية : ٤٠) :

(إذ تمشي أُختك فتقول هل أدُلكم على من يكفلهُ) .

وفي سورة القصص (الآية : ١٢) :

(هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم) .

وورد الفعل (كفّل) – بالتشديد – بمعنى جعله كافلاً له راعياً ، جاء هذا في سورة آل عمران (الآية : ٣٧) حيث يقول عز وجل :

(فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتاً حسناً وكفّلها زكريا) .

وضمير كفل يعود إلى « ربها » .

ولم يردَ الفعل في غير هذا الموضع ، فلم يأت إذن بمعنى جعله ضامناً للمال .

والفعل (أكفل) جاء مرة واحدة ، وهو في قوله تعالى : (إن هذا أخي له تسع وتسعود نعجة ولي نعجة واحدة فقال أكفلينها وعزني في الخطاب) (سورة ص الآية : ٢٣)

والمعنى : اجعلني كافلاً لها ، راعياً لشئونها ، أو أعطني إياها لأرعاها . فلم يرد الفعل بمعنى جعله ضامناً للمال .

وكلمة (كفيل) ذكرت مرة واحدة ، وهي في قوله سبحانه وتعالى :

(ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً) (سورة النحل الآية : ٩١) ؛ أي مهيمنا ورقيبا .

لم يرد في القرآن الكريم كلمة من مادة (كفل) تفيد معنى الضمان ، ولكن جاء المعنى من مادة أُخرى هي مادة (زعم) .

قال تبارك وتعالى : (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) (سورة يوسف الآية : ٧٢) .

والزعيم هنا هو الكفيل الضامن ، وكذلك يستدل بهذه الآية الكريمة على جواز الكفالة .

وهذه الكلمة جاءت في موضع آخر ، وهو قوله عز وجل :

(سلهم أيهم بذلك زعيم) . (سورة القلم الآية : ٤٠) .

وفي سورة الإسراء (الآية : ٩٢) وردت كلمة قبيل ، قال تعالى :

(أو تأتي بالله والملائكة قبيلا) .

قال الفراء : (قبيلا) أي كفيلا(١) .

وقال الزمخشري :

(قبيلا) كفيلا بما تقول شاهداً بصحته ، والمعنى : أو تأتي بالله قبيلا وبالملائكة قبلا كقوله :

كنت منه ووالدي بريا   فإني وقيار بها لغريب

أو مقابلا ؛ كالعشير بمعنى المعاشر ونحوه(٢) .

---

(١) معاني القرآن ٢ / ١٣١ .

(٢) الكشاف ٢ / ٤٦٦ .

وقال ابن منظور(١) :

القبيل : كل جمع من شيء واحد ، وكل جيل من الجن والناس ، والجماعة من الناس يكونون من الثلاثة فصاعدا ، وجمع القبيل قُبُل ، واستعمل سيبويه القبيل في الجمع والتصغير وغيرهما من الأبواب المتشابهة .

وفي معجم ألفاظ القرآن الكريم ، الذي ألفته لجنة من مجمع اللغة العربية ، جاء تفسير القبيل ، في الآية الكريمة بقولهم : « جماعة جماعة ، أو كفلاء يشهدون بصحة دعواك » .

وذكروا أن معنى القبيل : الجماعة ، والكفيل ، وقبيل الرجل : عشيرته وأعوانه .

وقال الكاساني : القبالة بمعنى الكفالة ؛ يقال : قبلت به أقبل قبالة ، وتقبلت به ، أي كفلت . قال تعالى : (أو تأتي بالله والملائكة قبيلا) أي كفيلا (٢) .

والآية الكريمة لا يستدل بها على مشروعية الكفالة ، وإنما يؤخذ منها جواز استعمال القبيل بمعنى الكفيل في صيغة الكفالة التي يصح بها الإيجاب .

ومما جاء قريباً من معنى الكفالة بالنفس قوله تعالى في سورة يوسف (الآية : ٦٦) : (قال لن أرسله معكم حتى تؤْتون موثقاً من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم فلما آتوه موثقهم قال الله على ما نقول وكيل) .

فالموثق — وهو العهد المؤكد — أخذه يعقوب عليه السلام على بنيه لضمان عودة أخيهم معهم .

ولعل في هذا ما يسترشد به على جواز الكفالة بالنفس .

---

(١) انظر مادة قبل في لسان العرب .

(٢) بدائع الصنائع ٧ / ٣٤٠٥ .

ثانياً : الكفالة في السُنة المطهرة :

حظيت الكفالة بالكثير من سُنة رسول الله — ﷺ ، نذكر منها ما يأتي ، مع الإشارة إلى شيء من الفقه :

١ — روى أحمد ، وأصحاب السنن عدا النسائي ، والدار قطني ، وغيرهم بطرق مختلفة أن الرسول ﷺ قال : « الزعيم غارم » .

انظر سنن أبي داود : كتاب البيوع — باب تضمين العارية ، وسنن الترمذي : كتاب البيوع — باب ما جاء أن العارية مؤداة ، وسنن ابن ماجه : كتاب الصدقات . باب الكفالة الحديث رقم ٢٤٠٥ ، وسنن الدارقطني ٤١/٣ كتاب البيوع . . الخ .

وراجع نصب الراية ٥٧/٤ — ٥٨ ، وعون المعبود — شرح الحديث رقم ٣٥٤٨ جـ ٩ ص ٤٧٨ — ٤٧٩ ، وتحفة الأحوذي في الموضع السابق من سنن الترمذي .

واقرأ قول الخطابي في معالم السنن (١٧٧/٣) : « الزعيم الكفيل ، والزعامة الكفالة ، ومنه قيل لرئيس القوم الزعيم لأنه هو المتكفل بأمورهم » .
وهذا الحديث الشريف يستفاد منه ما ذهب إليه الفقهاء من أن الكفالة من عقود التبرع ، فالأصل فيها الغرم لا الغنم .

٢ — وفي كتاب الكفالة من صحيح البخاري نجد في بدايته « باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها » وتحت الباب ما يأتي :

وقال أبو الزناد عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه : « أن عمر — رضي الله عنه — بعثه مصدقاً ، فوقع رجل على جارية امرأته ، فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم على عمر ، وكان عمر قد جلده مائة جلدة ، فصدقهم ، وعذره بالجهالة » .

وقال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين : استتبهم وكفلهم ، فتابوا وكفلهم عشائرهم .

قال أبو عبد الله : وقال الليث : حدثني جعفر بن ربيعة ، عن عبد الرحمن ابن هرمز ، عن أبي هريرة رضي الله عنه : « عن رسول الله ﷺ ، أنه ذكر رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار فقال : ائتني بالشهداء أُشهدهم ، فقال : كفى بالله شهيدا . قال : فائتني بالكفيل ، قال : كفى بالله كفيلا . قال : صدقت ، فدفعها إليه على أجل مسمى . . . » الخ .

هذا ما ذكره الإمام البخاري ، وواضح أن الأخبار الثلاثة جاءت معلقة ، فبين ابن حجر في الفتح أصل كل من الخبرين الأول والثاني ، والطرق الموصولة للحديث الشريف . وقال بعد الخبر الأول :

« استفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان ؛ فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي ، وقد فعله ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ » .

وقال في شرحه للخبر الثاني :

« قال ابن المنير : أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى ، والكفالة بالنفس قال بها الجمهور ، ولم يختلف من قال بها أن المكفول بحد أو قصاص إذا غاب أو مات ألا حد على الكفيل بخلاف الدين ، والفرق بينهما أن الكفيل إذا أدى المال وجب له على صاحب المال مثله » .

وقال في شرحه للحديث :

« وجه الدلالة منه على الكفالة تحدث النبي — ﷺ — بذلك ، وتقريره له ، وإنما ذكر ذلك ليتأسى به فيه ، وإلا لم يكن لذكره فائدة » (١) .

والخبران المؤيدان للجمهور في جواز الكفالة بالنفس رفض ابن حزم الأخذ بهما ، وضعفهما .

---

(١) راجع فتح الباري ٤ / ٤٧٠ — ٤٧٢ .

قال عن الخبر الأول : « أما خبر حمزة بن عمرو الأسلمي فباطل لأنه عن عبد الرحمن بن أبي الزناد ، وهو ضعيف(١) .

وقال عن الخبر الثاني :

« وأما خبر ابن مسعود فإننا رويناه من طريق يحيى بن سعيد القطان ، وسفيان بن عيينة ، كلاهما عن إسماعيل بن أبي خالد ، عن قيس بن أبي حازم ، عن ابن مسعود .

ومن طريق الأعمش ، وشعبة ، وسفيان الثوري ، كلهم عن أبي إسحاق عن حارثة بن مضرب ، عن ابن مسعود . وهذه الأسانيد هي أنوار الهدى ، لم يذكر أحد منهم في روايته أنه كفل بهم ، ولا ذكر منهم أحد كفالة إلا إسرائيل وحده ، وهو ضعيف . ولو كان ثقة ما ضر روايته من خالفها من الثقات ، ولكنه ضعيف » (٢) .

وما قاله ابن حزم فيه نظر :

فعبد الرحمن بن أبي الزناد وثقه الترمذي والعجلي ويعقوب بن شيبة ، وقال أبو حاتم والنسائي : لا يحتج به .

وعن ابن معين أقوال مختلفة :

فحكى الساجي عنه أنه قال : عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن الأعرج عن أبي هريرة حجة . وقال أبو داود عن ابن معين : أثبت الناس في هشام بن عروة عبد الرحمن بن أبي الزناد .

وعن ابن معين أيضاً أنه ضعيف ، وأنه لا يحتج به .

ولعل الاختلاف فيه يفسره ما ذكر عن علي بن المديني ؛ فذكر عنه أنه قال فيه : كان عند أصحابنا ضعيفاً ، وقال عبد الله بن علي بن المديني عن أبيه : ما حدث بالمدينة فهو صحيح ، وما حدث ببغداد أفسده البغداديون ،

---

(١) المحلى ٨ / ٥٣٩ .

(٢) المرجع السابق ٨ / ٥٤٠ .

ورأيت عبد الرحمن مهدي يخط على أحاديثه ، وكان يقول : في حديثه عن مشيختهم فلان وفلان وفلان ، قال : ولقنه البغداديون عن فقهائهم .

ومثل هذا جاء عن غير ابن المديني أيضاً : فقال عمرو بن علي ، وكذا الساجي : فيه ضعف ، فما حدث بالمدينة أصح مما حدث ببغداد (١) .

من هذا يمكن القول بأن موطن الضعف في مروياته عن البغداديين فقط ، أما هذا القرشي المدني فما حدث بالمدينة فهو صحيح .

والخبر الذي رواه ، وأخذ به جمهور الفقهاء ، ليس من مروياته عن البغداديين ، وإنما رواه عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي ، وهو حجازي.

فما أظن أن مثل الخبر بعيد عن الصحة ، أو قريب من البطلان .

هذا عن الراوي الأول ، أما الثاني فهو إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي ، وهو روى الخبر عن جده . وقد وثقه معظم الأئمة . وقل من ضعفه ، وما أتى أحد منهم بحجة . ضعفه القطان في حال فذكر ابن حجر عن يحيى بن معين رداً لهذا التضعيف . وقال ابن حجر أيضاً : أطلق ابن حزم ضعف إسرائيل ورد به أحاديث من حديثه ، فما صنع شيئاً .

ويكفي أن نذكر ما يتصل بروايته عن جده أبي إسحاق ليتضح الحكم على الخبر الذي بين أيدينا :

سئل أحمد : من أحب إليك : يونس أو إسرائيل في أبي إسحاق ؟ قال : إسرائيل لأنه كان صاحب كتاب .

وقال أبو حاتم : ثقة صدوق من أتقن أصحاب أبي إسحاق .

وقال عيسى بن يونس : كان أصحابنا سفيان وشريك ، وعد قوماً ، إذا اختلفوا في حديث أبي إسحاق يجيئون إلى أبي فيقول : اذهبوا إلى ابني إسرائيل فهو أروى عنه مني وأتقن لها مني ؛ هو كان قائد جده .

---

(١) راجع ترجمته في تهذيب التهذيب ، وهدى الساري ص ٤٥٧ .

وقال شبابة بن سوار : قلت ليونس بن أبي إسحاق : أمل على حديث أبيك . قال : اكتب عن ابني إسرائيل ، فإن أبي أملاه عليه .

وقال حجاج الأعور : قلنا لشعبة : حدثنا حديث أبي إسحاق . قال : سلوا عنها إسرائيل ، فإنه أثبت فيها مني .

وقال ابن مهدي : إسرائيل في أبي إسحاق أثبت من شعبة والثوري .

وقال أبو عيسى الترمذي : إسرائيل ثبت في أبي إسحاق ، حدثني محمد بن المثني ، سمعت ابن مهدي يقول : ما فاتني الذي فاتني من حديث الثوري عن أبي إسحاق إلا لما اتكلت به على إسرائيل ، لأنه كان يأتي به أتم(١) .

فهل بعد هذا نقبل رفض رواية إسرائيل عن جده ؟

٣ — من الأحاديث التي نراها في بعض كتب الفقه ما يروى عن عمرو ابن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن الرسول ﷺ قال : (لا كفالة في حد) .

واستدل به بعضهم على عدم جواز كفالة الأبدان في الحدود ، واستدل به آخرون على أن من عليه حد لا يجبر على الإتيان بكفيل ، وإن طابت نفسه صحت الكفالة .

والذي يعنينا هنا هو الحديث المروي ، ومدى حجيته ، وعلى الأخص أنه يبدو متعارضاً مع ما سبق .

والحديث لم توجد إشارة إليه في المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي ، ولا في مفتاح كنوز السُنة ، وليس في الكتب الستة . ومع احتمال وجود الحديث وعدم الإشارة إليه بحثت في أحاديث عبد الله بن عمرو بن العاص (٢)

---

(١) انظر ترجمته في تهذيب التهذيب .

(٢) الراوي هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص . فعمرو يروي عن أبيه شعيب ، وشعيب يروي عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، وكان شعيب صغيراً حين مات أبوه ، فرباه جده .

ورواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده تكلم فيها بعضهم ، وأفاض الشيخ شاكر في بيان صحتها . راجع ما كتبه في شرحه للحديث رقم ٦٥١٨ بالجزء العاشر . ص ٢٥ ، ٢٦ .

في مسند الإمام أحمد ، وساعد في هذا الفهارس التي صنعها العلامة الشيخ أحمد محمد شاكر للأجزاء التي شرحها ، ولكني لم أجد الحديث .

ثم وجدته في فيض القدير (١) ، وأشار السيوطي برموزه المعروفة إلى أنه رواه ابن عدي في الكامل ، والبيهقي في سننه ، وأنه ضعيف .

وجاء في شرح المناوي : « فمن وجب عليه حد فضمنه عنه غيره فيه لم يصح » .

وما ذكره المناوي لا خلاف حوله ، لأن الضمان لا يكون في نفس الحد ، فيحد الكفيل بدلاً من الأصيل ، وإنما الكفالة تكون ببدن من عليه الحد .

وجاء الحديث في كتاب الهداية ، وقال ابن الهمام في فتح القدير (٦ / ٢٩٥) :

« رواه البيهقي وقال : تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، وهو من مشايخ بقية المجهولين .

ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي ، وأعله به ؛ قال : مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية ، كما يروى عن سائر المجهولين » .

وبالنظر في سند الحديث نجد أن البيهقي وابن عدي أصابا في تضعيفه :

فبقية (٢) : وإن ذهب أكثر الأئمة إلى توثيقه إذا حدث عن الثقات المعروفين ، إلا أنهم جرحوه بأمرين هما : أنه يحدث عن المجهولين ، وعن متروكي الحديث ، وعن الضعفاء ، وروايته عن هؤلاء كثيرة غير مقبولة . والأمر الثاني : أنه يدلس عن الضعفاء .

---

(١) حديث رقم ٩٩٢١ بالمجلد السادس .

(٢) هو بقية بن الوليد بن صائد ، أبو يحمد الحميري الكلاعي — ذكر ابن حجر في تهذيب التهذيب ترجمته في خمس صفحات ، وأفاض الذهبي في ميزان الاعتدال فترجم له في تسع صفحات .

ولما كانت ترجمته تطول ، ولا ضرورة لذكرها هنا ، اكتفيت بذكر ما انتهيت إليه من قراءتي للترجمتين ، فراجعهما في الكتابين المذكورين .

وأما عمر بن أبي عمر الكلاعي(١) فلم يرو عنه أحد إلا بقية ، وهو منكر الحديث عن الثقات .

قال الذهبي : « وأحسبه عمر بن موسى الوجيهي ، ذاك الهالك ، ويقال : إنما هو أبو أحمد بن علي الكلاعي ، الذي روى له ابن ماجه حديث : ترّبوا الكتاب ، فإن التراب مبارك ، وكذا سماه ، ولم يرو عنه غير بقية .

قلت (أي الذهبي) : بكل حال هو ضعيف » .

وقال ابن حجر : « قال ابن عدي : عمر بن أبي عمر منكر الحديث عن الثقات . وقال البيهقي : فهو من مشائخ بقية المجهولين ، وروايته منكرة . له ذكر في ترجمة أبي أحمد الكلاعي .

قلت (أي ابن حجر) : وذكر له ابن عدي أحاديث ، وقال : ليست هذه الأحاديث محفوظة ، وعمر مجهول ، وهو في جملة مشائخ بقية المجهولين »

من هنا نرى ضعف الحديث ، فليس بحجة ، ونصه — كما بينه المناوي — لا يتعارض مع الأخبار التي ذكرها البخاري ، ولو تعارض سقط ، والله تعالى أعلم .

٤ — وفي كتاب الكفالة من صحيح البخاري أيضاً نجد « باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع ، وبه قال الحسن » ويضم الباب حديثين :

أحدهما : عن سلمة بن الأكوع — رضي الله عنه : « أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها ، فقال : هل عليه من دين ؟ قالوا : لا ، فصلى عليه . ثم أُتي بجنازة أخرى فقال : هل عليه من دين ؟ قالوا نعم ، قال : فصلوا على صاحبكم . قال أبو قتادة : عليّ دينه يا رسول الله ، فصلى عليه » .

والآخر عن جابر بن عبد الله — رضي الله عنه — قال : « قال النبي ﷺ : لو قد جاء مال البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا ، فلم يجيء مال البحرين حتى قُبض النبي ﷺ . فلما جاء مال البحرين أمر أبو بكر فنادى : من كان له

---

(١) انظر ترجمته في ميزان الاعتدال ، وتهذيب التهذيب .

عند النبي ﷺ عدة أو دين فليأتنا ، فأتيته فقلت : إن النبي — ﷺ — قال لي كذا وكذا ، فحثى لي حثية ، فعددتها ، فإذا هي خمسمائة ، وقال : خذ مثليها » .

وبعد الحديثين قال ابن حجر :

قوله (باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع ، وبه قال الحسن) يحتمل قوله « فليس له أن يرجع » أي عن الكفالة بل هي لازمة له ، وقد استقر الحق في ذمته . ويحتمل أن يريد فليس له أن يرجع في التركة بالقدر الذي تكفل به ، والأول أليق بمقصوده ، ثم أشار إلى الحديث الأول وقال : ووجه الأخذ منه أنه لو كان لأبي قتادة أن يرجع لما صلى النبي ﷺ على المديان حتى يوفي أبو قتادة الدين لاحتمال أن يرجع ، فيكون قد صلى على مديان دينه باق عليه ، فدل على أنه ليس له أن يرجع . . .

واستدل به على جواز ضمان ما على الميت من دين ولم يترك وفاء ، وهو قول الجمهور خلافاً لأبي حنيفة ، وقد بالغ الطحاوي في نصرة قول الجمهور ، ثم أورد فيه حديث جابر .

وقال عن الحديث الثاني :

ووجه دخوله في الترجمة أن أبا بكر لما قام مقام النبي ﷺ تكفل بما كان عليه من واجب أو تطوع ، فلما التزم ذلك لزمه أن يوفي جميع ما عليه من دين أو عدة ، وكان ﷺ يحب الوفاء بالوعد ، فنفذ أبو بكر ذلك .

(انظر فتح الباري ٤ / ٤٧٤ — ٤٧٥)

٥ — وفي الكتاب نفسه من صحيح البخاري نجد حديثاً في باب الدين ، عن أبي هريرة رضي الله عنه : « أن رسول الله — ﷺ — كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين ، فيسأل : هل ترك لدينه فضلاً ؟ فإن حُدث أنه ترك لدينه وفاء صلى ، وإلا قال للمسلمين : صلوا على صاحبكم . فلما فتح الله عليه

الفتوح قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه ، ومن ترك مالاً فلورثته » .

(انظر تخريج الحديث في نصب الراية ٤ /٥٨ - ٥٩)

وبعد شرح الحديث الشريف قال ابن حجر (٤ /٤٧٨) :

قال ابن بطال : قوله « من ترك ديناً فعليّ » ناسخ لترك الصلاة على ما مات وعليه دين ، وقوله « فعليّ قضاؤه » أي مما يفيء الله عليه من الغنائم والصدقات ، وهكذا يلزم المتولي لأمر المسلمين أن يفعله بمن مات وعليه دين ، فإن لم يفعل فالإثم عليه إن كان حق الميت في بيت المال يفي بقدر ما عليه من الدين ، وإلا فبقسطه .

٦ - وفي كتاب الحوالة والضمان من نيل الأوطار نجد « باب ضمان دين الميت المفلس » (٥ /٢٦٧) .

ويضم الباب حديثين :

أحدهما : حديث سلمة بن الأكوع ، ولكن بلفظ غير ما سبق ، ويقول صاحب منتقى الأخبار بعد الحديث : رواه أحمد والبخاري والنسائي . وروى الخمسة إلا أبا داود هذه القصة من حديث أبي قتادة ، وصححه الترمذي ، وقال فيه النسائي وابن ماجة : « فقال أبو قتادة : أنا أتكفل به » ، وهذا صريح في الإنشاء لا يحتمل الإخبار بما مضى .

والحديث الثاني عن جابر قال : « كان النبي ﷺ لا يصلي على رجل مات عليه دين ، فأُتي بميت ، فسأل : عليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران . قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه . فلما فتح الله تعالى على رسوله ﷺ قال : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديناً فعليّ ، ومن ترك مالا فلورثته » .

قال مجد الدين ابن تيمية عقب الحديث : رواه أحمد وأبو داود والنسائي .

وقال الشوكاني : حديث جابر أخرجه أيضاً ابن حبان والدارقطني والحاكم .

ثم قال : وعن أبي هريرة عند الشيخين وغيرهما أنه - ﷺ - قال في خطبته : « من خلف مالاً أو حقاً فلورثته ، ومن خلف كلاً أو ديناً فكله إلي ودينه علي » . ثم قال : وأحاديث الباب تدل على أنها تصح الضمانة عن الميت ، ويلزم الضمين ما ضمن به ، وسواء كان الميت غنياً أو فقيراً . وإلى ذلك ذهب الجمهور . وأجاز مالك للضامن الرجوع على مال الميت إذا كان له مال . وقال أبو حنيفة : لا تصح الضمانة إلا بشرط أن يترك الميت وفاء دينه وإلا لم يصح .

٧ - ويلي الباب السابق « باب في أن المضمون عنه إنما يبرأ بأداء الضامن لا بمجرد ضمانه » (نيل الأوطار ٥/٢٦٩) .

وفيه حديث واحد ، عن جابر قال : « توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ، ثم أتينا به النبي ﷺ ، فقلنا : نصلي عليه ، فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ؟ قلنا : ديناران ، فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة . فأتيناه ، فقال أبو قتادة : الديناران علي . فقال النبي ﷺ : قد أوفى الله حق الغريم وبريء منه الميت ، قال : نعم ، فصلى عليه . ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟ قال : إنما مات أمس . قال : فعاد إليه من الغد ، فقال : قد قضيتهما ، فقال النبي ﷺ : الآن بردت عليه جلده » .

وعقب مجد الدين على الحديث بقوله :

رواه أحمد ، وإنما أراد بقوله : « والميت منهما بريء » دخوله في الضمان متبرعاً لا ينوي به رجوعاً بحال .

وقال الشوكاني :

الحديث أخرجه أيضاً أبو داود والنسائي والدارقطني وصححه ابن حبان والحاكم .

ثم قال : قوله : « الآن بردت عليه » فيه : دليل على أن خلوص الميت من ورطة الدين وبراءة ذمته على الحقيقة ، ورفع العذاب عنه ، إنما يكون بالقضاء عنه لا بمجرد التحمل بالدين بلفظ الضمانة ، ولهذا سارع النبي – ﷺ – إلى سؤال أبي قتادة في اليوم الثاني عن القضاء (١) .

٨ – روى مسلم وأبو داود وغيرهما عن قبيصة بن مخارق الهلالي قال : تحملت حمالة فأتيت رسول الله – ﷺ – أسأله فيها ، فقال : « أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » . قال : ثم قال : « يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك . . . » .

(صحيح مسلم – كتاب الزكاة : من تحل له المسألة – وانظر سنن أبي داود – كتاب الزكاة : باب ما تجوز فيه المسألة) .

والحمالة : ما يتحمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة ، مثل أن يقع حرب بين فريقين تسفك فيها الدماء ، فيدخل بينهم رجل يتحمل ديات القتلى ليصلح ذات البين . والتحمل : أن يحملها عنهم على نفسه . (النهاية لابن الأثير ١/٤٤٢) .

وقد كانت العرب إذا وقعت بينهم فتنة اقتضت غرامة في دية أو غيرها قام أحدهم فتبرع بالتزام ذلك والقيام به حتى ترتفع تلك الفتنة الثائرة . (عون المعبود ٥/٥٠) .

وهذا الحديث الشريف كما يدل على جواز الكفالة ، يدل أيضاً على أنها واجبة على من تحملها ، ليس له أن يرجع عن التزامه .

٩ – روى ابن ماجه في باب الكفالة من كتاب الصدقات بسنده عن ابن عباس ، أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير ، على عهد رسول الله ﷺ ،

---

(١) انظر نيل الأوطار ٥ / ٢٦٩ – ٢٧٠ ، وراجع الحديث في مسند الإمام أحمد ٣ / ٣٣٠ ، واللفظ فيه بعض الاختلاف ، واقرأ الحديث . وتعقيب ابن حجر وشرح الصنعاني في سبل السلام ٣ / ٨٨٨ – ٨٩٠ .

فقال : ما عندي شيء أعطيكه . فقال : لا والله لا أفارقك حتّى تقضيني أو تأتيني بحميل . فجره إلى النبي — ﷺ ، فقال له النبي — ﷺ : « كم تستنظره ؟ » فقال : شهراً . فقال رسول الله — ﷺ : « فأنا أحمل له » . فجاءهُ في الوقت الذي قال النبي ﷺ ، فقال له النبي ﷺ : « من أين أصبت هذا » قال : من معدن . قال : « لا خير فيها »(١) وقضاها عنه .

وروى أبو داود الحديث الشريف — مع شيء من الاختلاف — في باب استخراج المعادن من كتاب البيوع .

والحديث كما يدل على جواز الكفالة ، يدل أيضاً على جواز ملازمة الغريم ، ومنعه من التصرف حتّى يؤدي ما عليه من الحق ، وعلى جواز ضمان الدين الحال مؤجلاً .

---

(١) قال الخطابي : وأما رده الذهب الذي استخرجه من المعدن ، وقوله : لا حاجة لنا فيه ليس فيه خير ، فيشبه أن يكون ذلك لسبب علمه فيه خاصة لا من جهة أن الذهب المستخرج من المعدن لا يباح تموله وتملكه . . .

ثم قال : وفيه وجه آخر ، وهو أن معنى قوله : لا حاجة لنا فيها ليس لنا فيها خير ؛ أي ليس لها رواج ولا لحاجتنا فيها نجاح ، وذلك أن الذي كان تحمله عنه دنانير مضروبة ، والذي جاء به تبر غير مضروب ، وليس بحضرته من يضر به دنانير ، وإنما كان تحمل إليهم الدنانير من بلاد الروم . . . الخ (راجع كلامه تاماً ، وفيه ذكر لأوجه أخرى ، في معالم السنن ٣ / ٥٤ — ٥٥) .

الفصل الثاني

الكفالة في التطبيق المعاصر

أولاً : الكفالات المصرفية

من الكفالات المعاصرة ما تقوم به المصارف بما يسمى إصدار خطابات الضمان .

وخطاب الضمان يمكن تعريفه بأنه عبارة عن تعهد كتابي ، يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث ، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول ، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة ، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان ، دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة .

وتتعدد خطابات الضمان تبعاً لتعدد الأغراض المستعملة فيها :

منها : خطابات الضمان الابتدائية أو المؤقتة ، وهي خاصة بالعطاءات التي تقدم للجهات الحكومية وما في حكمها .

ومنها : خطابات الضمان النهائية ، وهي خاصة بضمان حسن تنفيذ العقود المبرمة مع تلك الجهات .

ومنها : خطابات الضمان للتمويل (عن دفعات مقدمة) : يصدرها المصرف لضمان مبالغ تصرف مقدماً من بعض الجهات للمقاولين أو الموردين ، أو لضمان مبالغ تصرف تحت الحساب عن أعمال مقدرة لم يتم حصرها .

وهناك أنواع أُخرى من خطابات الضمان .

وللخطابات شروطها ، ويقوم المصرف بإجراءات وأعمال مختلفة تستلزمها هذه الخطابات (١) .

والبنوك الربوية عندما تصدر خطابات الضمان تأخذ من عملائها ما يقابل هذا الإصدار ، وتراعي في تحديد العمولة الأعمال والإجراءات التي تقوم بها ، وقيمة الدين الذي تضمنه ، ومدة هذا الضمان . وهي عادة تقدر نسبة مئوية تحسب على أساس هذا الدين ومدته .

فإذا قام البنك بدفع أي مبلغ ضمنه حسب ديناً على العميل بالفائدة الربوية المتعارف عليها ، والتي يلتزم بها المدين قانوناً .

والبنك تاجر ديون مراب ، وكما يقول أحد رجال الاقتصاد :

« يمكن تلخيص أعمال البنوك التجارية في عبارة واحدة ، هي : التعامل في الائتمان أو الاتجار في الديون : إذ ينحصر النشاط الجوهري للبنوك في الاستعداد لمبادلة تعهداتها بالدفع لدى الطلب بديون الآخرين ، سواء أكانوا أفراداً ، أم مشروعات ، أم حكومات . ويقبل الأفراد هذه التعهدات المصرفية — وهي التي تعرف باسم الودائع الجارية — في الوفاء بما تزودهم به البنوك من اعتمادات وسلف نظراً لما يتمتع به التعهد المصرفي بالدفع لدى الطلب من قبول عام في تسوية الديون .

وهكذا تتوسل البنوك التجارية إلى مزاولة نشاطها الذي تبرز به وجودها وتستمد من القيام به أرباحها ، بالاضطلاع تارة بمركز الدائن ، وتارة بمركز المدين » (٢) .

ولهذا فالبنوك الربوية ترحب بخطابات الضمان ، حيث تدر عليها ربحاً وفيراً ، وتتصل بنشاطها الربوي . وهي كما تقوم بالإقراض العادي ، تقوم كذلك بالإقراض عن طريق ما يسمى بفتح الاعتماد . أما خطاب الضمان

---

(١) انظر على سبيل المثال : الباب التاسع من الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٢ / ٣٠٩ — ٣٣٦ .

(٢) مقدمة في النقود والبنوك للدكتور محمد زكي شافعي ص ١٩٧ .

فيقول عنه الدكتور علي البارودي بأنه صورة من صور إقراض التوقيع(١) . ويتحدث آخر عن الكفالات المصرفية فيقول :

« قد يحتاج عميل المصرف ، في بعض الأحيان ، إلى نوع من الاعتماد ، لا يريد منه الحصول على مبلغ من المال — سواء بصورة آنية فورية أو مستقبلة — بل تقديم ضمانة للأشخاص الذين يتعاملون معه لتنفيذ الالتزامات التي تعهد بها تجاههم . ففي هذه الحالة ، يتدخل المصرف لتقديم هذه الضمانة عن طريق الكفالة ، فالغاية من الكفالة المصرفية هي إذن إفساح المجال أمام المعتمد له لعدم دفع المبالغ التي يطلب إليه دفعها ضمانا لتنفيذ تعهداته .

على أن الكفالة المصرفية إذا كانت لا تقتضي المصرف دفع المال المكفول به بصورة آنية فورية ، فإنها — كالاعتماد بالقبول — قد تتحول إلى التزام بالدفع الفعلي ، وذلك عندما يحل أجل الدين أو التعهد المكفول ، ثم يمتنع المتعهد ، أو يعجز عن الوفاء به » (٢) .

وإذا كانت البنوك الربوية ترحب بخطابات الضمان لأنها تتصل بنشاطها الربوي ، فالأمر مختلف بالنسبة للمصارف الإسلامية ؛ فما قامت إلا لتطهير أموال المسلمين من الربا ، فلا يمكن أن تأخذ زيادة ربوية .

وإذا كانت القوانين الوضعية أباحت الربا عينه ، فلا عجب أن تبيح الكفالة بأجر ، أما الشريعة الغراء فقد نصت على أن الزعيم غارم ، وأجمعت الأمة على أن الكفالة من عقود التبرع .

غير أن المصارف الإسلامية تأخذ أجراً مقابل إصدار خطابات الضمان ، فعلى أي أساس تحدد هذه الأجور ؟ وبم تستحقها شرعاً ؟

اختلفت النظرة والفتوى ، فاختلف التطبيق العملي . فهل من سبيل إلى توحيد الأساس الذي يحدد أُجور خطابات الضمان في المصارف الإسلامية ؟

هذا ما أُحاول أن أمهد له بهذا البحث ، والله المستعان الهادي إلى سواء السبيل .

---

(١) راجع خطاب الضمان في كتابه : القانون التجاري ص ٥٣٢ .

(٢) الحسابات والاعتمادات المصرفية للدكتور رزق الله أنطاكي — ص ٣٠٩ .

التكييف الشرعي لخطاب الضمان :

خطاب الضمان إذا كان غير مغطى من العميل فمن الواضح أنه يعتبر عقد كفالة ، فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة ، فضمت ذمة المصرف إلى ذمة طالب الإصدار لمصلحة الطرف الثالث ، وعلى هذا فالكفيل هو المصرف ، والمكفول هو العميل ، والمكفول له هو الطرف الثالث .

أما إذا كان العميل أودع لدى المصرف ما يغطي الخطاب فإن العلاقة بينهما علاقة وكالة ، حيث وكل العميل المصرف ليقوم بالأداء ، فلا توجد كفالة بين الطرفين ، غير أنها تكون بين المصرف والطرف الثالث ، فالطرف الثالث يقبل خطاب الضمان من المصرف باعتبار المصرف كفيلاً لا وكيلاً .

وما جرى عليه العرف المصرفي غالباً هو قيام العميل بالغطاء الجزئي لا الكلي ، وفي هذه الحالة تكون علاقة المصرف بالعميل علاقة وكالة وكفالة معاً ، فهو وكيل بالنسبة للجزء المغطى ، وكفيل مراعاة للجزء المتبقى .

ما يأخذه المصرف مقابل إصدار الخطاب :

من المعلوم في الفقه الإسلامي أن الوكالة تجوز بأجر وبغير أجر ، وأن الكفالة من عقود التبرع ، فهي من أعمال البر التي لا يجوز أخذ أجر عليها . وهي إما أن تكون عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، وذلك إذا لم يرجع الكفيل على المكفول بما يتحمله نتيجة الكفالة ، أو تكون تبرعاً ابتداء ومعاوضة انتهاء إذا أدى الكفيل عن المكفول على أن يعود عليه بما قد يتحمله .

والحالة الأولى لا ينطبق عليها خطاب الضمان ، فالمصرف ليس متبرعاً في النهاية ، بل يأخذ على الطالب من الضمانات ما يجعله مطمئناً إلى أنه لن يغرم شيئاً ، والبنوك الربوية لا تعود على المكفول بالدين الذي تدفعه فحسب وإنما تأخذ كذلك الزيادة الربوية ، والقانون يعطيها هذا الحق غير المشروع .

والمصارف الإسلامية تأخذ أجراً لإصدار خطابات الضمان ، فبم تستحق هذا الأجر ؟

في المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي بدبي صدر القرار التالي :

« خطاب الضمان يتضمن أمرين : وكالة وكفالة .

ولا يجوز أخذ أجر على الكفالة ، ويجوز أخذ أجر على الوكالة . ويكون أجر الوكالة مراعى فيه حجم التكاليف التي يتحملها المصرف في سبيل أدائه لما يقترن بإصدار خطاب الضمان من أعمال يقوم بها المصرف حسب العرف المصرفي . وتشمل هذه الأعمال بوجه خاص تجميع المعلومات ودراسة المشروع الذي سيعطى بخصوصه خطاب الضمان ، كما يشمل ما يعهد به العميل إلى المصرف من خدمات مصرفية متعلقة بهذا المشروع ، مثل تحصيل المستحقات من أصحاب المشروع .

وتقدير ذلك الأجر متروك للمصرف بما ييسر على الناس شئون معاملاتهم وفقاً لما جرى عليه العرف التجاري » .

اختلاف في التطبيق :

من الفتوى السابقة يتضح أن الأجر يرتبط بالوكالة دون الكفالة ، وهو في مقابل العمل الذي يقوم به المصرف ، والمجهود الذي يبذله .

ولكن ما موقف المصرف إذا كان الخطاب غير مغطى ، فهو كفالة ، ولم يوكله طالب الإصدار للقيام بعمل ما ؟

أليس المصرف شركة تجارية لا مؤسسة خيرية ؟

وهل يستوي خطاب ضمان لمبلغ زهيد آخر بآلاف الآلاف ؟

وإذا كان الضمان لمدة وجيزة فهل نجعله كالضمان لمدة طويلة ؟

وهل يمكن عند تقدير الأجر النظر إلى ما قد يتحمله المصرف من المخاطرة؟

أسئلة تنوعت إجاباتها ، فاختلف التطبيق في المصارف الإسلامية ، وإن وجدنا أكثرها قد أخذ بفتوى المؤتمر المذكور ، حيث أبيح أخذ الأجر على الوكالة دون الكفالة .

ولكن هذا قد يعني أن المصرف لا يأخذ أجراً إلا إذا كان الخطاب مغطى كلياً أو جزئياً حيث توجد الوكالة ، وفي حالة عدم الغطاء لا يأخذ أي أجر ، وهذا خلاف الواقع :

فبعض المصارف تأخذ أجراً محدداً ثابتاً لأي خطاب ضمان مهما كان نوعه ، أو قيمته ، أو مدته .

وبعض هيئات الرقابة الشرعية فرقت بين المغطى وغير المغطى ، فرأت أن الأول يجوز أخذ أجر عليه على أساس الوكالة ، وقالت في الثاني :

« لا يجوز للبنك أن يأخذ أجراً في هذه الحالة إذا كان هذا الأجر نظير خطاب الضمان ، لأنه يكون قد أخذ أجراً على الكفالة ، وهو ممنوع ، لأن الكفالة من عقود التبرعات » .

ثم قالت :

« أما إذا كان الأجر الذي يأخذه البنك نظير ما قام به من خدمة ومصاريف تتطلبها إجراءات إكمال خطاب الضمان فلا مانع شرعاً » .

ثم جاء في خلاصة الفتوى :

« ترى الهيئة جواز أخذ أجر على إصدار خطابات الضمان شريطة أن يكون هذا الأجر نظير ما يقوم به البنك من خدمة لعملائه بسبب إصدار هذه الخطابات ، ولا يجوز أن يأخذ ابنك أجراً لمجرد كونه ضامناً للعميل . والله أعلم » .

ولعل خلاصة الفتوى تكاد تسوي بين الحالتين من حيث ربط الأجر بالخدمة التي يقوم بها البنك .

ووجدنا من يذهب إلى رأي آخر يخالف ما سبق ، حيث ذهب إلى ربط الأجر بالعمل والمخاطرة معاً ، معنى هذا أن يرتبط الأجر – إلى جانب العمل – بالجزء غير المغطى ، غير أنه جعل هذا من باب الجعالة لا الإجارة حيث قال :

« يجوز حصول المصرف على جعل نظير إصدار خطابات الضمان مقابل ما يتحمله المصرف من الجهد والمخاطرة المترتبة على ذلك .

ويتم تحديد هذا الجعل على أساس نسبة من المبلغ غير المغطى من خطابات الضمان المصدرة بغض النظر عن مدة تلك الخطابات . كما يجوز للمصرف أن يتقاضى مبلغاً مقطوعاً لتجديد هذه الكفالات نظير ما يتحمله المصرف من مصروفات إدارية » .

وهذا الرأي لا يزال محل دراسة .

وهناك رأي آخر بدا كأنه غير مخالف حين ذكر أن الأجر مرتبط بالوكالة ، والواقع أنه أكثر مخالفة مما ذكر آنفاً ، حيث يقول :

« يقدم البنك الإسلامي هذه الخدمة لعملائه على أساس الوكالة بالأجر ، ويكون له أن يتقاضى الأجور المتعارف عليها بين البنوك وذلك فيما عدا الفوائد المتحققة بين تاريخ دفع قيمة المطالبة (إن حصلت) وبين تاريخ تسديد هذه القيمة من قبل العميل » .

وهذا الرأي وإن كان قد أبعد البنك الإسلامي عن الربا ، إلا أنه قرنه بالبنوك الربوية في تحديد الأجر ، وهذه البنوك لا تنظر إلى الوكالة وحدها ، وإنما تنظر أساساً إلى الكفالة ، فعندما يودع العميل لديها ما يغطي خطاب الضمان تأخذ منه أجراً يسيراً ، بل قد لا تأخذ منه أي أجر لأنها تستفيد من المبلغ المودع لديها . أما إذا كان الخطاب غير مغطى فإنها تحسب العمولة على أساس قيمة الكفالة ومدتها ، فتأخذ نسبة مئوية تبعاً لمبلغ الكفالة ومدتها .

فهذا الرأي كسابقه نظر إلى الكفالة ذاتها في تحديد العمولة ، غير أنه أكثر مخالفة حيث لم يكتف بالنظر إلى المبلغ غير المغطى ، بل نظر كذلك إلى مدة ضمانه .

هــل من ضــابط ؟

أما وقد قام بحمد الله تعالى هيئة عليا للرقابة الشرعية ، فلعلها تبحث هذا الموضوع لتخرج برأي تلتزم به المصارف الإسلامية وتطمئن به قلوب العاملين في هذه المصارف ، والمتعاملين معها . وأحب أن أضع ما يلي أمام كل عالم يريد بحث هذا الموضوع :

١ - الكفالة تبرع ابتداء وانتهاء حين لا يرجع الكفيل على المكفول بما أدى عنه ، وقد تكون تبرعاً ابتداء ومعاوضة انتهاء إذا رجع على الكفيل ، فتكون هنا مثل القرض .

والحالة الأولى التي كانت شائعة في المجتمع المسلم ، مجتمع التكافل ، لا ينطبق عليها خطاب الضمان ، وإنما ينطبق على الحالة الأخرى الشبيهة بالقرض ، حيث يعود المصرف على المكفول بما أدى عنه .

ولا خلاف بين الأئمة في أن الكفالة لا تجوز بجعل فضلاً عن الأجر .

والخروج عن هذا الإجماع قد لا يجد ما يبرره .

٢ - قال شيخ الإسلام ابن تيمية : -

الآية المشهورة التي يحتج بها على الإجماع قوله تعالى : -

(ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى) . (١١٥ : سورة النساء) .

وذكر الآراء المختلفة حول دلالة الآية الكريمة ، ثم قال : « ومن شاقه فقد اتبع غير سبيلهم ، وهذا ظاهر ، ومن اتبع غير سبيلهم فقد شاقه أيضاً ، فإنه قد جعل له مدخلاً في الوعيد ، فدل على أنه وصف مؤثر في الذم ، فمن خرج عن إجماعهم فقد اتبع غير سبيلهم قطعاً ، والآية توجب ذم ذلك .

وإذا قيل : هي إنما ذمته مع مشاقة الرسول ، قلنا : لأنهما متلازمان ، وذلك أن كل ما أجمع عليه المسلمون فإنه يكون منصوصاً عن الرسول ،

فالمخالف لهم مخالف للرسول ، كما أن المخالف للرسول مخالف لله ، ولكن هذا يقتضي أن كل ما أجمع عليه قد بينه الرسول ، وهذا هو الصواب ؛ فلا يوجد قط مسألة مجمع عليها إلا وفيها بيان من الرسول ، ولكن قد يخفي ذلك على بعض الناس ويعلم الإجماع فيستدل به . . . »

ثم قال : « لا يوجد مسألة يتفق الإجماع عليها إلا وفيها نص ، وقد كان بعض الناس يذكر مسائل فيها إجماع بلا نص كالمضاربة وليس كذلك »..

وقال : « استقرأنا موارد الإجماع فوجدناها كلها منصوصة » (١) .

٣ ـ مما يستدل به على مشروعية الكفالة ما روي عن الرسول ﷺ أنه قال : « الزعيم غارم » .

وذكرت ما يتصل بهذا الحديث الشريف من قبل عند بحث الكفالة في السنة المطهرة .

فإذا كان الأصل في الزعامة ـ أي الكفالة ـ أنها غرم ، فكيف تتحول في عصرنا إلى غنم ؟ !

ولذلك كان الإمام مالك يرى أن الكفالة من وجه الصدقة (٢) .

وقال الإمام الشافعي : « الكفالة استهلاك مال لا كسب مال » (٣) .

وحكى عنه النووي أن الضمان تبرع ، أو قرض محض (٤) .

وقال الإمام النووي : « الضمان غرر كله بلا مصلحة » (٥) .

وقال الكمال بن الهمام : « الكفالة عقد تبرع كالنذر ؛ لا يقصد به سوى ثواب الله ، أو رفع الضيق عن الحبيب » (٦) .

---

(١) انظر مجموع الفتاوي ١٩ / ١٩٢ – ١٩٦ .

(٢) انظر المدونة ٥ / ٢٨٤ .

(٣) الأم ٣ / ٢٠٥ .

(٤) انظر روضة الطالبين ٤ / ٢٤١ .

(٥) المرجع السابق ٤ / ٢٤٢ .

(٦) شرح فتح القدير ٦ / ٢٩٨ .

وقال الدردير : « الضامن كالمسلف ؛ يرجع بمثل ما أدى »(١) .

وقال ابن قدامة : الضمين والكفيل على بصيرة أنه لاحظ لهما . واعتبر الكفالة كالنذر(٢) .

ولهذا كله اشترط الفقهاء في الكفيل أهلية التبرع ، لأن الكفالة تبرع محض ؛ لا مصلحة فيها للكفيل ، حتى إذا كانت عقد معاوضة انتهاء ، فهذا يعني أنها تنتهي بقرض ، والقرض عقد إرفاق لا مصلحة فيه للمقرض (٣) .

٤ — قال ابن حزم : « لا يرجع الضامن على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبداً بشيء مما ضمن عنه أصلاً — سواء رغب إليه في أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك — إلا في وجه واحد ، وهو : أن يقول الذي عليه الحق : اضمن عني ما لهذا عليّ ، فإذا أديت عني فهو دين لك عليّ . فههنا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه فهو قرض صحيح »(٤) .

وقال في موضع آخر : « لا يرجع الضامن بما أدى سواء بأمره ضمن عنه أو بغير أمره إلا أن يكون المضمون عنه استقرضه »(٥) .

وما ذكره ابن حزم من عدم رجوع الضامن على المضمون عنه يخالف ما عليه جمهور الفقهاء ، ولا حاجة إلى تفصيل هنا ، فهذه الحالة لا ينطبق عليها خطاب الضمان وإنما ينطبق على الحالة الأخرى التي يرجع فيها الضامن على المضمون عنه ، ولا خلاف في هذا الرجوع .

والذي يعنينا هنا هو ما بينه ابن حزم من أن هذه الحالة تعتبر استقراضاً .

---

(١) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٢ / ١٥٧ ، وللصاوي مثل قول الدردير في الصفحة ذاتها .

(٢) انظر المغني ٥ / ٩٤ .

(٣) راجع ما كتب عن الكفيل في حولية الكلية — العدد الثالث ص ٢٣٧ .

(٤) المحلى ٨ / ٥٢٢ .

(٥) المرجع السابق ٨ / ٥٣١ .

ونجد مثل هذا البيان عند غيره أيضاً :

جاء في الهداية : فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره .

وفي الشرح جاء في فتح القدير :

إذا كان قضاء من جهة الذي أمر صار كما لو قال : اقض عني ، ويتضمن ذلك استقراضاً منه . وفيه أيضاً : والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظه عني (١) .

وقال الكاساني : « الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض ، وهو طلب القرض من الكفيل ، والكفيل بأداء المال مقرض من المطلوب ، ونائب عنه في الأداء إلى الطالب . . . والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه » (٢) .

وإذا كانت الكفالة في هذه الحالة تعتبر استقراضاً ، فما يؤخذ في مقابلها زيادة على الدين ألا يدخل من باب الربا المحرم ؟ وإذا أدى المضمون عنه دينه فبم يستحق الضامن هذه الزيادة ؟

وقد بين سبب المنع أكثر من فقيه :

قال صاحبا المغني والشرح الكبير (٤/٣٦٥) :

« قال ـ أي أحمد : ولو قال : اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة ، فلا بأس ، ولو قال : اكفل عني ولك ألف ، لم يجز ؛ وذلك لأن قوله : اقترض لي ولك عشرة ، جعالة على فعل مباح فجازت ، كما لو قال : ابن لي هذا الحائط ولك عشرة . وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين ، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه ، فصار كالقرض ، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز » .

وقال الدردير في أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك :

---

(١) انظر فتح القدير ٦ / ٣٠٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٧ / ٣٤٢٤ .

وعلة المنع أن الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً ، فهو من أكل أموال الناس بالباطل . وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة .

وقال الصاوي في شرحه بلغة السالك :

وقوله كان من السلف بزيادة أي كان دفعه الدين وأخذه سلفاً والزيادة هي الجعل الذي أخذه ، وقال : وحاصل ما في الشارح أن الجعل إذا كان للضامن فإنه يرد قولاً واحداً . وقال أيضاً : علة المنع موجودة ، وهي السلف الذي جر نفعاً (انظر بلغة السالك ٢ /١٦٠) .

وقال ابن عابدين في منحة الخالق على البحر الرائق (٦/٢٤٢) :

الجعل باطل لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب ، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا .

٥ — المخاطرة التي يتعرض لها المصرف نتيجة الإقراض الفعلي أكبر من المخاطرة التي يتعرض لها تبعاً لإقراض — قل أن يحدث — ناتج عن خطاب الضمان .

ولو جاز الجعل في مقابل المخاطرة بإصدار الخطاب لكان جوازه في الإقراض أولى .

٦ — لا أدري كيف يباح جعل العمولة تبعاً للمبلغ غير المغطى ومدته ؟

إن البنوك الربوية تقوم بهذا لاحتمال الإقراض ، فإذا تم الإقراض كانت الفائدة الربوية المعلومة . فمن امتنع عن أخذ الزيادة الربوية لإقراض تم بالفعل كيف يأخذ زيادة في مقابل زمن لإقراض محتمل ؟

٧ — لم يكن الضمان من قبل بعيداً عن النشاط التجاري ، ونذكر هنا :

أ — ضمان العهدة أو ضمان الدرك :

من الكفالات التجارية التي كانت شائعة ، وأجازها الأئمة ، مع الخلاف في بعض التفصيلات ، ضمان الثمن للبائع أو للمشتري .

فالبائع الذي يبيع آجلاً ، قد يطلب كفيلاً يضمن الثمن الذي في ذمة المشتري ، وفي البيع الحال ، ومع قبض الثمن ، قد يظهر أن النقود مغشوشة ، أو معيبة ، لذا كان يطلب بعض البائعين كفيلاً يضمن لهم سلامة الثمن ، وقد تكون النقود سلمت من الغش أو العيب ولكن يظهر لها مالك غير المشتري ، كالمغصوب أو المسروق مثلاً ، ومن هنا كانت الحاجة إلى كفيل يلتزم بأداء الثمن في هذه الحال .

والمشتري قد يطلب كفيلاً يلتزم برد الثمن إذا ظهر أن المبيع به عيب يستوجب الرد ، أو أن أحداً يستحقه غير البائع ؛ كأن يعرف له مالك آخر ، أو أن أحداً أحق به من المشتري ؛ كأن يكون لغيره حق الشفعة .

وهذا كما نرى ضمان للثمن ، وقد يكون لجزء منه كأرش العيب : وهو ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب ورضي المشتري استبقاءه .

ويسمى هذا الضمان ضمان العهدة ، عهدة المبيع : وحقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه .

ويسمى أيضاً ضمان الدرك : قال ابن منظور في لسان العرب :

« الدرك : اللحق من التبعة ، ومنه ضمان الدرك في عهدة البيع » . وفي المعجم الوسيط : « الدرك : التبعة ، يقال : ما لحقك من درك فعلي خلاصه ، ومنه ضمان الدرك في الفقه » .

وقد نال هذا الضمان حظه الوافر في كتب الفقه ، ويطول الكلام كثيراً إذا أردنا أن نعرض ما جاء في تلك الكتب مفصلاً ، فلعل ما سبق يكفي لبيان حقيقته (١) .

---

(١) انظر على سبيل المثال :
المغني ٥ / ٧٦ — ٧٨ ، وروضة الطالبين ٤ / ٢٤٥ — ٢٤٩ ، والأم ٣ / ٢٠٤ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ٤٩٠ ، وبدائع الصنائع ٧ / ٣٤٢٠ — ٣٤٢١ ، والمدونة ٥ / ٢٦٩ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٣٠٣ — ٣٠٤ .

ونجد في تلك الكتب ذكراً لسبب إجازتهم هذا الضمان ، ويكاد ينحصر في أن الحاجة تدعو إلى الوثيقة ، والوثائق ثلاثة : الشهادة والرهن والضمان : فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق ، وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبدا مرهوناً ؛ حيث يلزم حبس الرهن إلى أن يؤدى ، وهو غير معلوم ، فلم يبق إلا الضمان ، فلو لم يصح لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف ، وفيه ضرر عظيم رافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها .

فهم أجازوه إذن لجلب المصلحة ، ومنع الضرر .

ب - ضمان السوق :

ومن الكفالات التجارية ما عرف باسم ضمان السوق ، قال ابن تيمية :

« ضمان السوق ، وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون ، وما يقبضه من الأعيان المضمونة ، ضمان صحيح ، وهو ضمان ما لم يجب ، وضمان المجهول ، وذلك جائز عند جمهور العلماء ، كما لك ، وأبي حنيفة ، وأحمد بن حنبل . وقد دل عليه الكتاب كقوله (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ، والشافعي يبطله ، فيجوز للكاتب والشاهد أن يكتبه ويشهد عليه ، ولو لم ير جوازه ، لأنه من مسائل الاجتهاد ، وولي الأمر يحكم بما يراه من القولين » (١) .

وفي مجلة الأحكام الشرعية ، تنص المادة ١٠٩٤ على ما يأتي :

« يصح ضمان السوق ، مثلاً : لو ضمن ما يلزم التاجر ، أو ما يبقى عليه للتجار ، أو ما يقبض من الأعيان المضمونة ، صح الضمان » .

وذكر ابن عابدين أن صاحب الفتاوي الحامدية سئل فيما إذا قال زيد مخاطباً لجماعة معلومين من أهل سوق كذا :

ما بايعتم عمرا أنتم وغيركم ، فهو عليّ ، فهل يلزم زيدا دين من خاطبهم دون غيرهم ؟

---

(١) فتاوي ابن تيمية ٢٩ / ٥٤٩ .

فأجاب : نعم (١) .

ج – ضمان نقص المكيل أو الموزون أو المذروع :

وهذا الضمان أيضاً يتصل بالنشاط التجاري ، حيث تنص المادة ١٠٩١ من المجلة السابقة على ما يأتي :

« يصح ضمان نقص الصنجة أو المكيال أو الذراع ، مثلاً لو اشترى موزونا فشك في نقص الصنجة ، أو مكيلاً فشك في نقص المكيال ، أو مذروعاً فشك في نقص الذراع ، فضمن شخص النقص ، صح ضمانه ، فيرجع المشتري بما نقص ، والقول له بيمينه » .

هذه نماذج لكفالات تجارية لا تختلف كثيراً في جوهرها عن الكفالات المصرفية ، والمصارف تأخذ لنفسها من الضمانات ما يجعل المخاطرة أقل مما كان يتعرض له الكفلاء سابقاً ، وما أباح عالم أخذ أجر أو جعل مقابل أي من تلك الكفالات التجارية ، فكيف أصبحت المخاطرة في الكفالة لها ثمنها في عصرنا ؟ !

وربما تبادر إلى الأذهان هنا ما دار من نقاش في عصرنا حول القروض الاستهلاكية والقروض الإنتاجية ، ومحاولة التفرقة بين الاثنين من حيث الحرمة والحل لفوائدها ، وما انتهى إليه الفتوى من أن فوائد النوعين كليهما من الربا المحرم .

٨ – العمل عنصر من عناصر عقد الإجارة وعقد الجعالة فكل أجر أو جعل يقابله عمل ما ، غير أن العمل في الجعالة قد يختلف عن الإجارة .

ويتحدث ابن تيمية عن العمل الذي يقصد به المال فيقول :

« العمل الذي يقصد به المال ثلاثة أنواع :

أحدها : أن يكون العمل مقصوداً معلوماً ، مقدوراً على تسليمه ، فهذه الإجارة اللازمة .

---

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية ١ / ٢٨٥ وصاحب الفتاوي هو حامد العمادي ، مفتي دمشق الشام . وأثنى ابن عابدين عليه في المقدمة ص ٢ .

والثاني : أن يكون العمل مقصوداً لكنه مجهول أو غرر ، فهذه الجعالة . وهي عقد جائز ليس بلازم ؛ فإذا قال : من رد عبدي الآبق فله مائة ، فقد يقدر على رده وقد لا يقدر ، وقد يرده من مكان قريب وقد يرده من مكان بعيد ، فلهذا لم تكن لازمة ، لكن هي جائزة . فإن عمل هذا العمل استحق الجعل وإلا فلا .

ويجوز أن يكون الجعل فيها إذا جعل بالعمل جزءاً شائعاً ومجهولاً جهالة لا تمنع التسليم ، مثل أن يقول أمير الغزو : من دل على حصن فله ثلث ما فيه ، ويقول للسرية التي يسريها : لك خمس ما تغنمين أو ربعه .

ومن هذا الباب إذا جعل للطبيب جعلاً على شفاء المريض جاز ، كما أخذ أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام الذين جعل لهم قطيع على شفاء سيد الحي ، فرقاه بعضهم حتى برأ ، فأخذوا القطيع . فإن الجعل كان على الشفاء لا على القراءة ، ولو استأجر طبيباً إجارة لازمة على الشفاء لم يجز ، لأن الشفاء غير مقدور له ؛ فقد يشفيه الله وقد لا يشفيه ، فهذا أو نحوه مما تجوز فيه الجعالة دون الإجارة اللازمة .

وأما النوع الثالث فهو ما لا يقصد فيه العمل بل المقصود المال ، وهو المضاربة ، فإن رب المال ليس له قصد في نفس عمل العامل كما للجاعل والمستأجر . . . إلخ » (١) .

ويذكر ابن رشد الجد أن العمل الذي لا يصح فيه الجعل ولا الإجارة نوعان : —

أحدهما : ما لا يجوز للمجعول له فعله .

والثاني : ما يلزمه فعله (٢) .

فمادام العمل الذي يقوم به المصرف ليس من هذين النوعين صحت العمولة مقابل العمل ، وقد تكون جعلاً لا أجراً إذا روعيت شروط الجعالة .

---

(١) انظر مجموع الفتاوي ٢٠ / ٥٠٦ — ٥٠٧ .

(٢) انظر مقدمات ابن رشد ص ٦٣٦ .

بل من الأعمال الواجبة ما أجاز الفقهاء أخذ الأجرة عليه .

قال الإمام السيوطي :

« قاعدة : لا يجوز أخذ الأجرة على الواجب ، إلا في صور :

منها : الإرضاع .

ومنها : بذل الطعام للمضطر .

ومنها : تعليم القرآن .

ومنها : الرزق على القضاء وهو محتاج حيث تعين .

و منها : الحرف حيث تعينت .

ومنها : من دعى إلى تحمل شهادة تعينت عليه ، بخلاف ما إذا جاءه المتحمل ، وبخلاف الأداء ، فإنه فرض توجه عليه ، وهو أيضاً كلام يسير لا أجرة لمثله . نعم له أخذ الأُجرة على الركوب ، ويجوز أخذها على فروض الكفاية ، إلا الجهاد وصلاة الجنازة » (١) .

٩ — أفتى الإمام النووي فيمن حبس ظلماً فبذل مالاً لمن يتكلم في خلاصه بجاهه وغيره بأنها جعالة مباحة ، وأخذ عوضها حلال ، ونقله عن جماعة ، ثم قال : وفي ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً (٢) .

وفي تحفة المحتاج ذكر ابن حجر الهيتمي بعض ما يباح فيه الجعل ، ومما قاله : وكقول من حبس ظلماً لمن يقدر على خلاصه وإن تعين عليه على المعتمد : إن خلصتني فلك كذا ، بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً ، وأركانها عمل وجعل وصيغة وعاقد .

وفي حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٦/٣٦٥) جاء ما يلي : —

(قوله على المعتمد) عبارة النهاية : أفتى المصنف بأنها جعالة مباحة ، وأخذ عوضها حلال ، ونقله عن جماعة .

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٤٩٧ .

(٢) راجع كتاب المجموع ١٤ / ١٠ .

وذكر صاحب مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى جواز أن يجعل أحد جعلاً لمن يقرضه من غيره بجاهه ، وقال : لأن الجعالة في مقابلة ما بذله من جاهه من غير تعلق له بالقرض (١) .

هذه الأعمال وغيرها من أعمال البر ، قد لا يوجد من يتبرع للقيام بها ، مع وجود الحاجة إليها ، ولذا جاز الجعل شريطة ارتباطه بالعمل .

وإصدار خطاب الضمان يتطلب القيام بأعمال مختلفة ، والمصرف منشأة تجارية ، فمن حقه أن يأخذ عمولة مقابل عمله وجهده ، ولكن لا ترتبط هذه العمولة بكفالة الدين ذاتها ، وإلا لكانت سحتاً أو ربا .

ومما هو قريب من موضوعنا ما ثار من جدل في عصرنا حول جواز أخذ المصرف أجراً من المقترض يقابل الأعباء الإدارية الناشئة المتعلقة بالقرض ، والذين أجازوه اشترطوا أن يتم ربط الأجر بوجود خدمة فعلية ، أو منفعة مقصودة ومتقومة في النظر الشرعي ، وألا يؤخذ نظير المنفعة غير المعتبرة في نظر الشرع في مجال الاقتراض أو الوعد به ، ولذا قالوا : ينبغي أن يكون على أساس مبلغ مقطوع وليس على أساس نسبي من قيمة القرض ؛ لأن الجهد الذي يبذله المصرف في إعداد عقد القرض لا يختلف باختلاف قيمة القرض . فمفرق الطريق في اعتبار هذه المبالغ أجراً وليست ربا هو وجود الخدمة التي تقابل هذه المبالغ ، وكون مقدار المبلغ محدداً بما يبذله من جهد ، أو يؤدي من خدمة ، دون ربط ذلك بمقدار الدين أو مدته (٢) .

---

(١) انظر المرجع المذكور ٤ / ٢٠٨ .

(٢) انظر الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ١ / ٢٩ — ٣١ .

استثمار الغطاء النقدي :

عندما يكون خطاب الضمان مغطى كلياً أو جزئياً فإن المصرف يضم الغطاء النقدي إلى ما لديه من ودائع غير مخصصة ، وحسابات جارية ، وأموال نقدية لحساب المساهمين . فالودائع المخصصة لاستثمارات معينة توجه لتلك الاستثمارات ، أما غيرها فيضم بعضه إلى بعض ، ويؤخذ منه لاستثمارات المصرف . ولا يستطيع المصرف أن يعين صاحب أي مبلغ محدد موجه لمشروع معين ، حيث تختلط النقود المودعة ، ويتعذر التمييز . غير أنه كمضارب غير ضامن لما لديه من ودائع استثمارية ، وضامن للحسابات الجارية كمقترض لها ، فمتى استثمرت فالربح له ، والخسارة عليه . وينظر المصرف إلى حجم المشروعات الاستثمارية ، ومدة بقاء الأموال المستثمرة خارج حيازته ، في ضوء النقود المودعة لديه ، وأنواع الإيداعات ، والنظر إلى الظروف الخاصة التي يقدرها المصرف . وتحسب الأرباح والخسائر ، ويتم التوزيع بنسب يحسبها المختصون ، ويقرها هيئات الرقابة الشرعية .

وتفصيل هذا يحتاج إلى شرح يطول ذكره ، ولكن الذي يعنينا هنا هو أن الغطاءات النقدية لخطابات الضمان تودع في حساب خاص ، وتختلط بباقي النقود ، وبذلك لا يمكن تمييزها عند قيام المصرف بعمليات الاستثمار ؛ أي أن هذه الغطاءات يكون لها أثر في الاستثمار .

أفمن حق المصرف الاستفادة من هذه النقود ؟

يمكن أن يقال : إن المصرف ضامن لهذا المال ، فله حق الاستثمار : والربح له ، والخسارة عليه ، ويؤيد هذا ما رواه الإمام أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن السيدة عائشة — رضي الله تعالى عنها — أن الرسول ﷺ ، قال : « الخراج بالضمان » . ويمكن — أيضاً — أن يقال : ليس للمصرف حرمان صاحب المال من الاستفادة من ماله مدة سريان خطاب الضمان ، فلطالب الإصدار أن يكون لنقوده ما للودائع الاستثمارية من الحقوق ، ولا ضمان على المصرف حينئذ .

ولعل الأولى أن يخير المصرف طالب الإصدار ، مادام كل من الأمرين يؤدي الغاية من الغطاء النقدي .

وإذا كانت المصارف الربوية تستفيد من الغطاء بطريقة غير مشروعة ، فإن مثل هذا التخيير يؤدي إلى تأصيل الفوارق بينها وبين المصارف الإسلامية .

وقد تحدث الفقهاء عن ضمان الكفيل لمال الكفالة إذا قبضه :

ففي أقرب المسالك : « وضمنه إن اقتضاه لا أرسله به » وشرح الدردير العبارة السابقة بقوله .

وضمنه الضامن إن اقتضاه من الغريم ليوصله لربه ، سواء طلبه منه أو دفعه له الغريم بلا طلب ، لكن على وجه البراءة منه ، ولو تلف منه بغير تفريط أو قامت على هلاكه بينه . . . لا أن أرسله المدين به إلى رب الدين فضاع منه ، فلا ضمان حيث لم يفرط ؛ لأنه صار أميناً بالإرسال ، ومثل الإرسال لو دفعه على وجه التوكيل عنه في توصيله لربه ، أو هو إرسال حكماً ، فلا ضمان على الضامن (١) .

أما الحنفية فلم يكتفوا بالحديث عن هذا الضمان ، وإنما فصلوا القول في بيان حق الكفيل في استثمار مال الكفالة ، وفرقوا بين النقود وغيرها .

فأجمعوا على أن مال الكفالة متى كان نقوداً ، وقبضها الكفيل على وجه الاقتضاء لا الإرسال ، واستثمرها وربح ، فالربح حلال .

أما غير النقود فالروايات عن الإمام مختلفة ، والمهم هنا بيان ما يتصل باستثمار النقود ، فهو موضوع البحث . وإذا قبض الكفيل المال على وجه الإرسال ، فهو أمين غير ضامن ، وليس له أن يستثمر المال ، فإذا استثمره خالف ما يجب فيما يعد أمانة ، وأصبح كالغاصب ، فإن ربح فلا يطيب له هذا الربح عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنه استفاده من أصل خبيث ، وخالفهما أبو يوسف مستدلاً بحديث « الخراج بالضمان » .

---

(١) انظر الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢ / ١٥٩ .

ولنثبت هنا بعض ما جاء في كتب الحنفية .

قال صاحب الهداية (٦/٣١٩ - ٣٢١) :

« من كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها ؛ لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين ، فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة ؛ لأنه تمحض أمانة في يده .

وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به ، لأنه ملكه حين قبضه : أما إذا قضى الدين فظاهر ، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه ، وثبت له حق الاسترداد ، لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ، إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء ، فنزل منزلة الدين المؤجل ، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح ، فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث(١) نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين » .

وقال ابن الهمام في شرح ما سبق :

(من كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه) أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الألف) التي كفل بها (قبل أن يعطيه) أي قبل أن يعطي الكفيل الألف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به اللازم من قوله : كفل عن رجل ، وصاحب المال مفعول أول ليعطي ، والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه (فليس له) أي ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه للشافعي ، وفي وجه آخر : له أن يرجع ، وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الأصيل ، ونحن نبين أنه يملكه ، وأن الأمانة ما إذا كان دفعه إلى الكفيل على وجه الرسالة إلى الطالب(٢) . . .

---

(١) خبث الربح في غير النقود كما سيتضح .

(٢) ما ذكر عند المالكية من قبل يبين أنه لا خلاف حول ضمان الكفيل إذا أخذ المال من المكفول عنه على وجه الاقتضاء لا الرسالة ، فالخلاف إذن في حق المكفول عنه في رد المال الذي أعطاه الكفيل إذا كان الكفيل لم يعطه المكفول له .

وإذا ملكه كان الربح له (إلا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبي حنيفة (نبينه) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو الألف التي قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين(١) .

وقال البابرتي في شرح العناية على الهداية :

« إذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ؛ لأنه ربح من أصل خبيث ، وفي قول أبي يوسف : يطيب لأن الخراج بالضمان (٢) .

وقال صاحب الدر المختار :

« وإن ربح الكفيل به طاب له ، لأنه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء ، فلو على وجه الرسالة فلا ، لتمحضه أمانة ، خلافاً للثاني ، وندب رده على الأصيل » (٣) .

وقال ابن عابدين :

(قوله : خلافاً للثاني) : أي أبي يوسف ، فعنده يطيب له ، كمن غصب من إنسان وربح فيه ، يتصدق بالربح عندهما لأنه استفاده من أصل خبيث ، ويطيب له عنده مستدلاً بحديث الخراج بالضمان .

(قوله : وندب رده) : مرتبط بقوله بعده فيما يتعين بالتعيين ، أي أن قوله : طاب له – أي الربح – إنما هو فيما لو كان المؤدى للكفيل شيئاً لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير (٤) ، فإن الخبث لا يظهر فيها ، بخلاف

---

(١) انظر فتح القدير ٦ / ٣١٩ – ٣٢١ .

(٢) العناية مع المرجع السابق ٦ / ٣٢١ .

(٣) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤ / ٢٧٨ .

(٤) من المعلوم في عصرنا أن النقود لا تتعين بالتعيين ؛ فمثلا من أخذ ألف ريال من أحد لإعطائها غيره فلا يشترط إعطاء الأوراق ذاتها التي تسلمها وهي التي تحمل أرقام كذا ، وإنما تبرأ ذمته بإعطاء ألف ريال تحمل أي أرقام . ومن اشترى سلعة معينة فليس للبائع أن يبدلها مادامت قد تعينت ، أما المشترى فله أن يدفع الثمن المحدد دون تعيين أوراق =

ما يتعين كالحنطة ونحوها ، بأن كفل عنه حنطة ، وأداها الأصيل إلى الكفيل ، وربح الكفيل فيها ، فإنه يندب رد الربح إلى الأصيل . قال في النهر : وهذا هو أحد الروايات عن الإمام ، وهو الأصح ، وعنه أنه لا يرده ، بل يطيب له ، وهو قولهما ؛ لأنه نماء ملكه ، وعنه أنه يتصدق به (١) .

من هذا نرى أن الربح يطيب للكفيل إذا كان مال الكفالة نقوداً ، والمصرف غطاء الضمان عنده من النقود ، ولكن يجب ألا يغيب عن الأذهان أن الكفيل ليس له مطالبة الأصيل قبل الأداء ، على حين نجد المصرف لا يصدر خطاب الضمان إلا بعد قيام العميل – وهو المكفول عنه – بإيداع الغطاء النقدي المتفق عليه .

وطبيعة المعاملات في عصرنا قد تستلزم وجود مثل هذا الغطاء ؛ فالمصرف يدفع المبلغ المكفول كله عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان ، دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة . وإذا تأخر العميل في إعطاء المصرف ما أداه عنه ، فإن المصرف الإسلامي لا يستطيع أن يسلك طريق الربا ، ويتوقف استثمار هذه الأموال .

فإذا كان من اللازم وجود مثل هذا الغطاء ، فمن اللازم أيضاً عدم حرمان العميل من استثمار أمواله بغير رضاه ، ومن هنا جاء ترجيح القول بتخيير العميل : فإما أن يختار الاستثمار ، أو إبقاء الغطاء في ضمان المصرف كما يلجأ أصحاب الحسابات الجارية .

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

= نقدية بعينها : فلو أخرج مثلا عشر ورقات ، كل ورقة قيمتها مائة ريال ، ثم رأى أن يستبقي هذه الورقات النقدية ، ويعطي البائع – بدلا عنها – ورقتين من ذات الخمسمائة ، فليس للبائع أن يعترض .

وهذا الذي نراه واضحاً في عصر النقود الورقية ، هو ما أشار إليه الحنفية في عصر النقود السلعية ، فالدنانير والدراهم لا تتعين بالتعيين ، ومثلها الفلوس الرائجة ، حيث قالوا : إنها أمثال متساوية ، فلا تتعين بالتعيين ، فأي فلس يقوم مقام غيره . (انظر : النقود واستبدال العملات ص ٧٣ ، ١٠١) .

(١) حاشية ابن عابدين « رد المحتار على الدر المختار » ٤ / ٢٧٨ – ٢٧٩ .

ثانيـــاً : الاعتمـــادات المستندية

الاعتماد المستندي يستعمل في تمويل التجارة الخارجية ، وهو تعهد كتابي صادر من مصرف بناءً على طلب مستورد لصالح مورد ، يتعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمناً لسلع يصدرها للمستورد طالب فتح الاعتماد ، متى قدم المورد المستندات المتعلقة بالسلع ، والشحن ، على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد .

مثلاً : مستورد يريد استيراد سلعة معينة من جهة معلومة ، فيذهب إلى المصرف ويعطيه البيانات الكافية ، وبعد اتخاذ الإجراءات اللازمة يتصل المصرف بالمصدر في الخارج ، ويفحص المستندات ، ويتأكد من مطابقتها لبيانات فاتح الاعتماد المستندي ، ويدفع المبلغ المطلوب ، ويتسلم المستندات الخاصة بالسلعة والشحن ، ثم يسلمها للمستورد ، وبها يستطيع تسلم السلعة .

والحـــديث عن الاعتمادات المستندية يطول ذكره(١) ، والذي يعنينا هنا ما يتصل بالكفالة .

فالاعتماد المستندي المغطى غطاءً كلياً يكون المصرف في هذه الحالة وكيلاً عن فاتح الاعتماد ، وإن كان كفيلاً بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفولاً له ، غير أن المصرف يأخذ عمولة تعد أجراً أو جعلاً عن وكالته لا عن كفالته .

أما الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً فالمصرف كفيل ، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنه ، فإذا أخذ المصرف عمولة مقابل المبلغ المكفول به ، لا مقابل العمل الذي يقوم به ، فقد أخذ أجراً أو جعلاً مقابل الكفالة ذاتها ، وهو ما سبق الحـــديث عنه في الكفالات المصرفية .

---

(١) راجع ما كتب عنها في الموسوعة العلمية والعملية لاتحاد البنوك الإسلامية ٢ / ١٥٥ – ٢٠٠ .

ثالثــاً : التــأمين التجــاري

التأمين من العقود المستحدثة ، لا نعرف أحداً تحدث عنه قبل الفقيه الحنفي المشهور ابن عابدين ، الذي توفي سنة ١٢٥٢ هـ . وقد سئل عن التأمين البحري فبين أنه غير مشروع (١) .

وظـــل الاتجاه إلى تحريم التأمين سائداً مدة قرن كامل بعد ابن عابدين . وبعد منتصف القرن الرابع عشر الهجري ظهر من ينادي بحل عقد التأمين ، ومن هنا فتح باب الخـــلاف .

وفي سنة ١٣٨٥ هـ (١٩٦٥ م) بحث المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية موضوع التأمين ، فانتهى إلى حل التأمين التعاوني ، وقرر الاستمرار في دراسة التأمين التجاري بواسطة لجنة جامعة لعلماء الشريعة ، وخبراء اقتصاديين وقانونيين واجتماعيين ، مع الوقوف — قبل إبداء الرأي — على آراء علماء المسلمين في جميع الأقطار الإسلامية بالقدر المستطاع .

واستمر البحث دون حسم للخلاف ، وإن اتجهت الكثرة الغالبة إلى التحريم .

وفي سنة ١٣٩٢ هـ (١٩٧٢) اشترك عدد من العلماء في ندوة دعت إليها الجامعة الليبية ، وبحثوا موضوعات منها « عقود التأمين وحكمها في الفقـــه الإسلامي » ، وانتهوا إلى الموافقة مؤقتاً عدا التأمين على الحياة ، فإنه غير جائز شرعاً . والموافقة المؤقته لا تعني أن المجتمعين رأوا أن التأمين التجاري على الأموال جائز شرعاً ، بل يقبل بصفة مؤقتة لظروف راعوها .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٤ / ١٧٠ « مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع ما يسمى سوكره ، وتضمين الحربي ما هلك في المركب » . والمقصود بالسوكرة التأمين . وتحت هذا العنوان تحدث عن مفهوم التأمين البحري ، ثم قال : « والذي يظهر لي أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهـــالك من ماله ، لأن هذا التزام ما لا يلزم .

فإن : قلت : إن المودع إذا أخذ أجره على الوديعة يضمنها إذا هلكت ؟ قلت : ليست مسألتنا من هذا القبيل ، لأن المال ليس في يد صاحب السوكرة ، بل في يد صاحب المركب . وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيراً مشتركاً ، قد أخذ أجره على الحفظ وعلى الحمل ، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت والغرق ونحو ذلك » .

وفي سنة ١٣٩٦ هـ (١٩٧٦ م) عقد المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة ، اشترك فيه أكثر من مائتي عالم وأستاذ في الشريعة والاقتصاد ، وكان عقد التأمين من الموضوعات التي بحثوها ، وانتهوا إلى ما يلي :

« يرى المؤتمر أن التأمين التجاري الذي تمارسه شركات التأمين التجارية في هذا العصر لا يحقق الصيغة الشرعية للتعاون والتضامن ، لأنه لم تتوافر فيه الشروط الشرعية التي تقتضي حله .

ويقترح المؤتمر تأليف لجنة من ذوي الاختصاص من علماء الشريعة ، وعلماء الاقتصاد المسلمين ، لاقتراح صيغة للتأمين خالية من الربا والغرر ، يحقق التعاون المنشود بالطريقة الشرعية بدلاً من التأمين التجاري(١) » .

والصيغة المنشودة لم تظهر إلى الوجود فحسب ، بل بدأ التطبيق العملي لها في دبي والسودان ، ولازلنا في انتظار ميلاد أكثر من شركة إسلامية .

والاشتراك في مثل هذا النوع من التأمين يعني : « الادخار ، والاستثمار المشروع ، والتكافل » . فالمبالغ التي يدفعها المشترك في التأمين لا تنتقل ملكيتها للشركة ، بل تستثمر وتنمي لصالحه ، والشركة تأخذ ما يقابل عملها كالمصارف الإسلامية ، ويأتي التكافل من رضا المشتركين جميعاً بأن يعان من هذه الأموال من احتاج إلى العون في حدود النظام الذي وضعته الشركة . فكل مشترك إذن مؤمِّن ومؤمَّن له . وما يبقى بعد التكافل من الأموال وأرباحها يرد إلى المشتركين .

والتأمين الذي رفضه المؤتمر يعرفه القانون الوضعي بأنه :

« عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له ، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه ، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً ، أو أي عوض مالي

---

(١) الاقتصاد الإسلامي — بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي ص ٥٥٣ — ٥٥٤ — الطبعة الأولى .

آخر ، في حالة وقوع الحادث ، أو تحقق الخطر المبين في العقد ، وذلك نظير قسط ، أو أية دفعة مالية أُخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن » .

ومن هذا التعريف يتضح أن عقد التأمين من عقود المعاوضة ؛ فالتزام المؤمن نظير عوض ، ومادام الأمر كذلك فلا مجال لبحثه هنا ، غير أننا وجدنا من يعتبره عقد كفالة .

وممن اعتبره عقد كفالة من نظر إلى ضمان الطريق عند الحنفية : وهو أن من قال لآخر : اسلك هذا الطريق ، فهو آمن ، وإن أصابك منه شيءٌ فأنا ضامن .

فإذا ظهر أن الطريق غير آمن ، وسلكه فأصابه منه ما أصابه ، رجع على القائل الضامن بما أصابه وهذا كالتأمين على السيارات ، ومثله التأمين على غير السيارات من الأموال .

وممن اعتبره عقد كفالة كذلك من نظر إلى التزام شركة التأمين بشيء مجهول ، لم يجب بعد ، وجواز هذا في المكفول به . فمن المعروف أن جمهور الفقهاء يجيزون كفالة المجهول ، وما لم يجب(١) .

وهذا ينتهي بنا إلى اعتبار شركة التأمين متبرعة ابتداء وانتهاء ، لأنها لا تعود على المؤمن له بما تغرم . وهذا يخالف الواقع العملي ؛ فهذه الشركات تتضاعف أموالها أضعافاً مضاعفة في بضع سنين ، وذلك لما تأخذه من المؤمن لهم ، ولما تأكله من الربا . فما تأخذه بدءاً إنما هو نظير ما قد تغرمه ، ولذلك بين القانون الوضعي أن التأمين عقد معاوضة . فلو كان كفالة لما جاز للشركات أن تأخذ هذه الأموال الكثيرة ، ولكان لها أن تعود على المكفول عنه بما تغرم ، ولكن القانون منعها من استرداد ما قد تغرمه مقابل ما تأخذه من الأموال في بدء التعاقد ، وأنى لشركة تجارية ربوية أن تكون كفيلاً متبرعاً ؟ ! !

---

(١) راجع ضمان المجهول ، وضمان ما لم يجب ، في العدد السابق من هذه الحولية ص ٢٤٨ — ٢٥٠.

رابعاً : كفالة إقامة الأجانب وخروجهم

الدول التي يضمها مجلس التعاون الخليجي توجب على من يقيم بها من غير أبنائها أن يكون له من يكفله . ولبيان هذه الكفالة نأخذ على سبيل المثال القانون القطري رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ م بتنظيم كفالة إقامة الأجانب وخروجهم . نجد في المادة الأولى ما يأتي :

« يجب على كل أجنبي يطلب الدخول ، أو الإقامة بدولة قطر ، للعمل أو لمزاولة حرفة أو تجارة ، أو لمرافقة أو زيارة مقيم فيها ، أن يكون له كفيل .

ولا يصرح لأي من الأجانب المتقدم ذكرهم ، فيما عدا النساء اللاتي لا يعملن والقصر والزوار الذين لا تزيد مدة إقامتهم في قطر عن ثلاثين يوماً ، بمغادرة البلاد — بصفة مؤقتة أو نهائية — إلا بعد تقديم كفالة خروج . . . » .

وتنص المادة الثانية على ما يأتي :

« يشترط في الكفيل أن يكون شخصاً مقتدراً قطرياً ، أو مقيماً في قطر وفقاً للقانون . فإذا كان الكفيل شخصاً معنوياً تعين أن يكون مركزه الرئيسي في قطر ، أو له إدارة فرعية فيها » .

والمادة السادسة تحدد المسئول عن كفالة إقامة الأجنبي على النحو التالي :

١ — تكون كفالة الموظف أو العامل أو الخادم على رب عمله وحده دون سواه ، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً .

٢ — يكون الكفيل بالنسبة لمن يمارس حرفة بسيطة أو تجارة بالاشتراك مع شريك قطري أو لحسابه الخاص ، هو الشريك القطري ، أو من يقبل من القطريين كفالة الحرفي أو التاجر .

٣ — يكون رب الأسرة هو الكفيل لمن يعولهم من أفراد أسرته المقيمين معه في قطر .

٤ — تكون كفالة الزائر على مضيفه المقيم في قطر .

وإذا نظرنا إلى المادة السابقة نجد المسئول في الحالة الأولى كفيلاً ورب العمل ، والمكفول أجيراً خاصاً ، وقد يقع هنا تغابن أو استغلال ، وقد لا نجد إلا التراحم والإحسان ، إلا إذا كان الكفيل من تجار الكفالات ، وفي الظاهر رب العمل !

والكفالة في الحالتين الأخيرتين عقد تبرع بلا ريب .

أما الحالة الثانية فهي التي دخل منها الحرام على كثير من الكفلاء إلا من عصم ربي . ولبيان هذا ، ومعرفة ما يجوز للكفيل وما لا يجوز ، ننظر أولاً إلى التزامه ، وما يؤديه من عمل .

تنص المادة التاسعة على ما يلي :

« كفالة الإقامة بالنفس والمال ، ويلتزم بمقتضاها الكفيل بوجه خاص بما يأتي :

١ — أن يقوم بإعادة الأجنبي الذي يكفله إلى بلده عند انتهاء إقامته ، أو إلغائها ، أو صدور قرار بإبعاده . فإن امتنع الأجنبي عن مغادرة البلاد في الحالات المتقدمة ، قدمه الكفيل للسلطات المختصة لترحيله ، مع سداده نفقات الترحيل .

كما يقدم الكفيل الأجنبي الذي يكفله للسلطات المختصة بناءً على طلبها كلما اقتضت حالة الأمن ذلك .

٢ — مع مراعاة حكم كل من المادتين (٨) ، (١١) من هذا القانون ، الوفاء بجميع الديون والالتزامات التي تترتب في ذمة مكفوله الأجنبي خلال مدة إقامته بالبلاد إذا لم يف بها ، ولم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها » .

والمادة الثامنة — المشار إليها — نصها :

« على كل من يتعامل أو يجري تصرفاً قانونياً تترتب عليه التزامات آجلة في ذمة أجنبي مقيم في دولة قطر ، أن يخطر كفيل إقامة الأجنبي ، ويحصل على موافقته كتابة ، على التعاقد أو التصرف قبل إتمامه .

ولا يعتبر الكفيل مسئولاً قانوناً عما يترتب من الالتزامات المتقدمة في في ذمة مكفوله الأجنبي إذا لم يكن قد أخطر بها ، ووافق عليها » .

والحادية عشرة تنص على ما يلي :

« يلتزم كفيل الخروج ، إذا كان غير كفيل الإقامة ، بالوفاء بجميع الالتزامات التي تكون قد ترتبت في ذمة مكفوله الأجنبي قبل مغادرته البلاد ، إذا لم يف بها الأخير ، ولم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها ، وذلك دون تضامن مع كفيل الإقامة ، ما لم يوجد اتفاق بينهما على ما يخالف ذلك » .

من هذا نرى أن الكفيل ملتزم بسداد نفقات ترحيل المكفول ، أما الديون والالتزامات الأخرى فقد بينت المادة الثامنة عدم التزام الكفيل إلاإذا أخطر ووافق . فإذا وافق فمتى تبرأ ذمته ؟

في انقضاء الكفالة نجد مادتين ، الأولى رقم (٢١) ونصها : « تنقضي الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزامات . كما تنقضي بأسباب انقضائها الذاتية » .

والمادة الأخرى تنص على ما يلي :

« مع مراعاة حكم المادة السابقة :

١ - تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما يضيعه الدائن بخطئه من الضمانات أو التأمينات المخصصة للوفاء بدينه ، ولو تقررت بعد الكفالة . وتقدر قيمة التأمين أو الضمان الضائع ، بقيمة المال الذي كان مثقلاً به .

٢ - تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يقم الدائن بمطالبة المدين بالدين المستحق له خلال شهر واحد من إخطار الكفيل للدائن لاتخاذ إجراءات هذه المطالبة . ويكون الإخطار بخطاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

٣ - تبرأ ذمة الكفيل من الالتزامات التي لا يطالب بها أصحابها خلال شهر واحد من تاريخ قيام الكفيل بالإعلان عن تاريخ مغادرة المدين الأجنبي للبلاد ، ودعوة الدائنين إلى التقدم بديونهم .

ويتم الإعلان بالنشر في صحيفتين يوميتين ، بواقع مرتين أسبوعياً لمدة أسبوعين . ويبدأ حساب مدة التقادم من تاريخ آخر إعلان » .

من هاتين المادتين نجد أن الكفيل الذي وافق على الديون والالتزامات الأخرى للمكفول ، قد لا تبرأ ذمته إلا بعد القيام بأعمال تكلفه شيئاً من المال كالنشر في الصحف .

ومع ثبوت النص والإجماع على أن الكفالة عقد تبرع ، يبقى للكفيل الحق في أخذ ما يقابل عمله وجهده ، والرجوع على المكفول بما يغرم ، وما زاد عن هذا فهو سحت حرام .

فالشريك القطري الكفيل قد يستغل شريكه المكفول ، ويخالف شروط الشركة في الإسلام ، وقد يكفل بغير شركة ثم يفرض على المكفول أموالاً يدفعها رغماً عنه خوفاً من إلغاء الكفالة ، أو عدم تجديدها ، أو غير ذلك مما نسمعه من ظلم الكفلاء للمكفولين حتى تحولت الكفالة من معناها الإسلامي المشرق ، الذي يحمل طابع الرحمة والتبرع والعطاء ، إلى معنى ظالم مظلم ، وإلى تجارة جشعة خسيسة يقوم بها بعض من لا خلاق لهم . ويبقى المسلمون حقاً من الكفلاء منارة تدل على أن الخير باق في هذه الأمة .

وفي إحدى صحف قطر قرأت مقالاً تحت عنوان « تجارة الرقيق الحديثة ! ! »(١) : ذكر الكاتب واقعة تبين ظلم كفيل لمكفوله، ثم قال :

هذه الحادثة تكشف واقعاً مراً لا يزال بعض ضعاف النفوس من المواطنين يمارسونه ، ألا وهو المتاجرة بالبشر بأسلوب لا يمكن أن يوصف إلا بأنه تجارة رقيق حديثة . فمن أجل حفنة مال يضيفونها إلى أموالهم المكدسة لا يتورعون عن إذلال أمثال هؤلاء الناس والمتاجرة بقوتهم ، بل بإحساسهم وكيانهم ، فلا خوف من الله ، ولا تأنيب من ضمير ، ولا شعور بمآسي الآخرين يردعهم عن ارتكابهم مثل هذا العمل الذي لا أرى فيه إلا عملاً

---

(١) انظر صحيفة « الراية » الصادرة في ٤ / ٢ / ١٤٠٥ هـ الموافق ٢٨ / ١٠ / ١٩٨٤ م .

غير أخلاقي وغير لائق بأمثال الآتين به ، خاصة إذا علمنا أن معظمهم من المرموقين أو الأثرياء .

ومع يقيني بأن بعض الكفلاء ضالعون مباشرة بارتكاب مثل هذه الجريمة ، إلا أن هناك بعضاً منهم تجرى مثل هذه الأمور من وراء ظهورهم ، ودون علمهم ، وبواسطة وكلائهم أو من يسمون بأمنائهم — وهم أبعد ما يكونون عن الأمانة — مستغلين ما أعطاهم الوكلاء من ثقة وصلاحية .

ولا أعتقد أنه بمقدورنا أن نطالب السلطات بوضع حد لذلك ، لكونه تحايلاً على القانون ، ويجري بأسلوب فيه التهديد والوعيد والتلاعب الخبيث ، ولكننا نحاول — محاولة نرجو أن تنجح — ونناشد ضمائر هؤلاء الكفلاء حتى يكفوا عن المتاجرة الحديثة بالرقيق ، ولكي يمتنعوا عن الإتيان بمثل هذا العمل المشين ، خاصة وأن ما يدخل عليهم من نقود عن هذا الطريق هو حرام لاريب فيه ، وهم يعرفون — ولا شك — مغبة أكل المال الحرام .

والله من وراء القصد .

هذا ما جاء في تلك الصحيفة القطرية ، نثبته دون تعقيب .

وإذا كانت الحالات السيئة هي التي تظهر عادة ، ونسمع شكوى المظلومين ، فإن هذا لا يعبر عن تصرف الجميع ، فما أكثر الكفلاء المتمسكين بدينهم المحسنين أيما إحسان !

جزاهم الله تعالى خير الجزاء .